

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**TITULO: LAS POTESTADES NEGOCIALES DEL SINDICATO MAYORITARIO EN EL  
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: ¿ARMAS DE DOBLE FILO?**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social**

Autor: Marisol Oliva Castro

Asesor: Lidia Vilchez Garcés

Código de alumno: 20100684

2016

## RESUMEN

El presente artículo explica las implicancias jurídicas de la mayor representatividad, tal como se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico peruano. Se parte de identificar la finalidad de la mayor representatividad para, luego, analizar si los efectos del *monopolio de la negociación* que otorga la normativa peruana a las organizaciones sindicales mayoritarias cumplen con dicho objetivo. Asimismo, se evalúa cómo se relaciona lo antes dicho con la *pluralidad sindical*, recogida por el ordenamiento peruano, con el objeto de determinar si ambas figuras coexisten de manera pacífica. Por otro lado, se toma como referencia los impactos negativos que tiene la figura de la mayor representatividad sobre la libertad sindical para proponer, siguiendo los lineamientos establecidos por el Tribunal Constitucional y los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, que se regule una articulación entre los intereses de la organización sindical mayoritaria y de las organizaciones sindicales minoritarias del ámbito, para que estas no se vean reducidas a su sola existencia. De igual manera, dado que la participación activa de las organizaciones sindicales minoritarias es importante, se ha propuesto la vía del amparo y la medida cautelar como opciones para defender sus derechos ante las afectaciones producidas por el empleador o por la organización sindical mayoritaria.

## Introducción

Una de las primeras referencias a la figura de la *organización más representativa* se encuentra en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (artículo 3° párrafo 5), de 1919. Esta ha sido recogida en el ordenamiento jurídico peruano desde la dación de la original Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Ley N° 25593, artículo 9°) y se mantuvo en la regulación posterior del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR, artículo 9°).

Si bien en variada doctrina y jurisprudencia se ha indicado que la finalidad de esta figura es que no se divida sobremanera la fuerza de la actividad sindical, es decir, que se fomente la fuerza negocial, la regulación actual de la mayor representatividad pareciera no cumplir con este objetivo y, al mismo tiempo, impide que la *pluralidad sindical* se cumpla. Sobre el primer aspecto, el otorgar la mayor representatividad a la organización sindical mayoritaria y, por ende, el monopolio de la negociación, desincentivaría que otros trabajadores quieran afiliarse al sindicato mayoritario, evitándose, así, que la fuerza negocial aumente.

Respecto de la pluralidad sindical, tanto los convenios internacionales suscritos por el Perú (sobre todo, el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo) como las normas nacionales (Constitución Política y Texto Único Ordenado de Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo) regulan la posibilidad de que existan varios sindicatos en un mismo ámbito. Sin embargo, al otorgar el monopolio de la negociación a la organización sindical mayoritaria, se estaría dejando sin posibilidad de realizar actividad sindical a las minoritarias.

En el presente artículo se buscará analizar la regulación de la mayor representatividad en el ordenamiento jurídico peruano, encontrar sus falencias y proponer una regulación que permita lograr el objetivo de esta figura sin perjudicar la pluralidad sindical. Asimismo, se sugerirán mecanismos de defensa para las organizaciones sindicales minoritarias que coadyuven a tutelar su derecho a la libertad sindical.

## **I. La mayor representatividad negocial: definición y finalidad**

La mayor representatividad, presente en diversos ordenamientos, no es un concepto nuevo; por el contrario, es de larga data. Una de las primeras referencias al mismo se hizo en el artículo 3° párrafo 5 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) de 1919, en el cual se disponía que “[l]os Miembros se obligan a designar a los delegados y consejeros técnicos no gubernamentales de acuerdo con las organizaciones profesionales más representativas de empleadores o de trabajadores, según sea el caso, siempre que tales organizaciones existan en el país de que se trate”. Esta referencia permite inferir la importancia de las organizaciones más representativas. Sin embargo, surgen preguntas acerca de cómo se define la mayor representatividad, qué implica ser una organización más representativa, qué facultades tiene esta, entre otras; cuestionamientos que se procurará responder en las páginas siguientes.

### **1.1. Definición doctrinal, legal y jurisprudencial**

La mayor representatividad, en el plano doctrinario, es definida como una “*noción exclusiva, típica, autónoma, del Derecho Laboral, de contenido político-institucional*”, que, de acuerdo con Ermida y Villavicencio, citando a Helio Sarthou, se trata de “*un recurso que permite arribar o acercarse a una conciliación o concurrencia entre el pluralismo necesario a la libertad y la eficacia unitaria para la acción*”<sup>1</sup>. Entonces, de acuerdo con este concepto, la organización más representativa es aquella que, dentro de un grupo de organizaciones coexistentes en un mismo ámbito, es determinada como la que posee facultades para la representación de las demás en determinados supuestos; por ejemplo, para realizar una negociación colectiva con carácter general o para ejercer representación ante organismos estatales<sup>2</sup>. En términos de Rodríguez-Sañudo, se trata de

---

<sup>1</sup> ERMIDA, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO. *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADEC-ATC, 1991, p. 59.

<sup>2</sup> Ídem, p. 60.

organizaciones que “acrediten una especial audiencia”<sup>3</sup>, factor que las legitimaría como representativas.

Por su parte, García Murcia señala que los entes sindicales más representativos tienen una “singular posición jurídica”, ya que reciben ciertos beneficios que reserva la ley para los que tienen ese *status*<sup>4</sup>. Según este autor, una de las facultades más importantes de estas organizaciones, propia de su singular posición jurídica, es la negociación colectiva de eficacia general. Al respecto, Javier Espinoza expresa que la atribución legal de “más representativa” otorgada a la organización sindical desplaza al concepto civil de representación, pues amplía los efectos de la actuación colectiva más allá de los afiliados que han habilitado al sujeto colectivo para que actúe a nombre de sus intereses<sup>5</sup>.

Un aspecto que es necesario resaltar, es que la calificación de “más representativa” no es requisito *sine qua non* para que una organización sindical sea reconocida como tal. De lo contrario, se caería en una unidad sindical impuesta<sup>6</sup>.

En el plano legal, por otro lado, la mayor representatividad está regulada, en el ordenamiento jurídico peruano, en el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, TUO de la LRCT)<sup>7</sup>, que señala lo siguiente:

---

<sup>3</sup> En RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (coordinador). *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Madrid: Editorial Tecnos, 1986, p. 199.

<sup>4</sup> GARCÍA MURCIA, Joaquín. *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas: posición jurídica y dimensión política*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 142.

<sup>5</sup> ESPINOZA, Javier. “La eficacia limitada del convenio colectivo derivada de la menor representatividad: a propósito de la Casación N° 2864-2009-Lima”. *Ius*. Chiclayo, número 1, 2011, p.9.

<sup>6</sup> ERMIDA, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO. Óp. cit., p. 60.

<sup>7</sup> Esta norma legal se complementa con el artículo 34° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo:

**Artículo 34.-** [...] la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, [...] será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente. [...] En el caso que ningún sindicato de un mismo ámbito afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de éste, su representación se limita a sus afiliados. Sin embargo, los sindicatos que en conjunto afilien a más de la mitad de los trabajadores del respectivo ámbito, podrán representar a la totalidad de tales trabajadores a condición de que se pongan de acuerdo sobre la forma en que

**Artículo 9.-** *En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito **asume la representación de la totalidad de los mismos**, aunque no se encuentren afiliados. De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados.*

(El énfasis es añadido)

De la norma citada, se desprenden dos aspectos sobre la mayor representatividad. El primero es que la organización más representativa, para las relaciones colectivas que se generen dentro del ordenamiento jurídico peruano, será aquella que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores del ámbito; es decir, la mitad más uno del total de trabajadores ( $X/2 + 1$ ). El segundo es que la organización más representativa tiene el deber de representar a la totalidad de los trabajadores del ámbito, estén o no afiliados a la organización sindical. Si no existe sindicato mayoritario, cada uno de los minoritarios representa a sus propios afiliados, salvo que decidan aliarse para ser mayoría.

Un dispositivo legal pertinente también para analizar qué implica ser una organización sindical “más representativa” es el artículo 42° del mismo cuerpo normativo, cuyo tenor es que “[l]a *convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. **Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable**, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.*” (El énfasis es añadido).

---

*ejercerán la representación de sus afiliados. De no existir acuerdo sobre el particular, cada uno de ellos sólo representará a sus afiliados.*



Se puede apreciar que la norma regula que el convenio colectivo celebrado entre una organización sindical y un empleador (o un grupo de ellos) va a tener efectos sobre las partes, sobre las personas en cuyo nombre se celebró y sobre quienes les sea aplicable. Estas últimas referencias, realizando una interpretación conjunta con el artículo 9° y las normas reglamentarias pertinentes, llevan a concluir que la eficacia del convenio colectivo celebrado por una organización sindical mayoritaria será *erga omnes*. Es decir, el convenio se aplicará tanto a los trabajadores afiliados como a los no afiliados del ámbito correspondiente.

En ese sentido, Javier Neves es preciso al explicar que, en el Perú, “*la única habilitada para negociar colectivamente con eficacia personal general es la organización más representativa; esto es aquella que afilia a la mayoría absoluta de trabajadores*”<sup>8</sup>.

En el plano jurisprudencial, el concepto de mayor representatividad ha sido empleado tanto por la Corte Suprema como por el Tribunal Constitucional para los casos en que se discute (i) la aplicación de los convenios colectivos celebrados o (ii) asuntos de representación sindical. La Corte Suprema, en el fundamento sexto de la Casación Laboral N° 602-2010 Lima, expresó:

*“Que, el artículo 9 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo regula los supuestos de representación que se le reconoce al Sindicato en materia de negociación colectiva, en cuyo primer párrafo se precisa que el **Sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados.**”*

(El énfasis es añadido)

Es importante comentar que, a pesar de haber hecho referencia a una norma tan clara, la Corte Suprema falló de manera contraria, al señalar que los beneficios convencionales

---

<sup>8</sup> NEVES, Javier. “Los sujetos de la negociación colectiva”. *Derecho Laboral General: selección de textos*. Lima: PUCP, 2005.

negociados por un sindicato minoritario podían ser extendidos a todos los trabajadores del ámbito.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha resuelto diversos casos en los que un sindicato minoritario solicita se inicie una negociación con él, existiendo un sindicato mayoritario en el ámbito. Una de las sentencias que resuelve esta controversia es la recaída en el Exp. N° 02505-2011-PA/TC, la cual señala que:

*8. Asimismo, se ha establecido en el Perú el sistema de mayor representación para iniciar el procedimiento de negociación colectiva otorgándole al sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores la representación de la totalidad de los trabajadores, aun de los no sindicalizados (la presentación anual del pliego de peticiones sobre condiciones de trabajo); esto ocurre porque obviamente cuenta con una mayor representatividad ante el empleador o representante de la Repartición (artículo 14° del Decreto Supremo N.° 026-82-JUS).*

(El énfasis es añadido)

La sentencia recaída en el Exp. N° 03655-2011-PA/TC, que resuelve otro caso con la problemática antes comentada, afirma lo siguiente:

*15. (...) De esta manera, la institución de la "mayor representatividad sindical" aparece como una solución intermedia entre el respeto a la pluralidad sindical, es decir, el igual tratamiento de los sindicatos, conforme al derecho de libertad sindical; y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los intereses de los trabajadores.*

(El énfasis es añadido)

La jurisprudencia define, entonces, a la mayor representatividad tal como está regulada en la norma legal: se indica que el sindicato mayoritario es el más representativo dentro de un ámbito en el que conviven diferentes organizaciones sindicales. No ha ahondado mucho más para delimitar de manera más precisa este concepto. Sin embargo, un punto relevante se encuentra en lo mencionado por el Tribunal Constitucional en la última sentencia citada,



en la cual se afirma que la mayor representatividad es un punto medio entre la pluralidad y el fortalecimiento de la efectividad en la protección de los intereses de los trabajadores. Este último aspecto está relacionado con la finalidad de la representatividad negocial, el cual será abordado en el siguiente acápite.

## **1.2. ¿Cuál es la finalidad que se persigue lograr con la determinación de la regla de representatividad negocial?**

El establecimiento de la figura de la organización más representativa, como se ha podido observar en el punto anterior, conlleva un trato desigual a las organizaciones sindicales minoritarias respecto de las mayoritarias, pues las primeras solo negocian para sus afiliados y las segundas, en representación de todos los trabajadores del ámbito. Surge la duda, entonces, sobre si la mayor representatividad tiene alguna finalidad que justifique este trato diferente; es decir, un objetivo que haga válida la imposición de la especial representación que tiene a su cargo la organización sindical mayoritaria.

En relación con esto último, es pertinente indicar que la mayor representatividad tiene como finalidad que no se divida sobremanera la fuerza de la actividad sindical. Si no existiera una organización más representativa, y todas las organizaciones coexistentes en un mismo ámbito negociaran, definitivamente, se produciría un fraccionamiento del poder sindical –como sucede en los casos en que coexisten y negocian varios sindicatos minoritarios-. Lo anterior puede perjudicar a los trabajadores y, por ello, se “*trata de potenciar la efectividad del sindicato*”<sup>9</sup>. Se busca, entonces, impedir que “*la libertad sindical (formal) vaya contra la libertad sindical (real)*”<sup>10</sup>; es decir, se sacrifica, de cierto modo, la negociación colectiva de cada uno de los sindicatos minoritarios –y, por ende, también el derecho de libertad sindical de los trabajadores que los conforman<sup>11</sup>-, con el fin de obtener mejores resultados en el disfrute de beneficios y, con ello, satisfacer los intereses

---

<sup>9</sup> SAGARDOY ABOGADOS. “La representatividad sindical”. *Compendio Sagardoy de Derecho del Trabajo*. Madrid, 2002, p. 5.

<http://vlex.com/vid/representatividad-sindical-129018>

<sup>10</sup> VILLAVICENCIO, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú*. Lima: PLADES, 2010, p. 159-160.

<sup>11</sup> Recordemos que la libertad sindical posee dos facetas: la individual y la colectiva. Ambas se interrelacionan y complementan.

de la generalidad de trabajadores. Consiste, a fin de cuentas, en una “*medida de fomento*”, pues se pretende promover organizaciones sindicales sólidas que puedan lograr de manera efectiva su cometido y equilibrar las relaciones de poder con los empleadores<sup>12</sup>. En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional Español ha manifestado lo siguiente:

*“[l]a admisión del trato desigual de los sindicatos se justifica en el supuesto de la representatividad sindical, a fin de cuentas, a partir de los objetivos constitucionales de “promoción del hecho sindical” y de defensa efectiva de los intereses de los trabajadores, que podrían malograrse por “una excesiva atomización sindical y la atribución de un carácter absoluto al principio de igualdad de trato”.*”<sup>13</sup>

La “*promoción del hecho sindical*”, que menciona el Tribunal Constitucional Español, también está incluida en la lista de derechos reconocidos por el Estado peruano y regulada en el artículo 28° de la Constitución Política, el cual expresa que “[e]l Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático: **1. Garantiza la libertad sindical. 2. Fomenta la negociación colectiva** y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales [...]”. (El énfasis es añadido). Es decir, el ordenamiento peruano debe velar por que haya una negociación colectiva que cumpla a cabalidad con proteger los intereses de las partes involucradas.

En ese sentido, se puede concluir que la finalidad de la mayor representatividad resulta válida para imponer una representación especial a las organizaciones mayoritarias. En consecuencia, se podría afirmar que el ordenamiento peruano ha hecho bien en incluirla en el desarrollo de la regulación de las relaciones colectivas. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta que, para que se cumpla realmente con la finalidad pretendida, se deben establecer ciertas condiciones que permitan garantizar tanto los derechos de las organizaciones sindicales mayoritarias como de las minoritarias (que serán abordadas en el siguiente acápite); de lo contrario, la existencia de la figura en el ordenamiento podría ser contraproducente o, cuando menos, lesiva de los derechos sindicales de las minorías.

---

<sup>12</sup> CARRASCO, Hugo. “El deber estatal de garantía y fomento de la negociación colectiva: la representatividad como medida de fomento”. Lima: MTPE.

[http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin\\_48/doc\\_boletin\\_48\\_1.pdf](http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_48/doc_boletin_48_1.pdf)

<sup>13</sup> Sentencias N° 20/1985, 188/1995 y 147/2001 del Tribunal Constitucional Español.

### 1.3. Pronunciamientos de la OIT: Comité de Libertad Sindical y Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

El Comité de Libertad Sindical (en adelante, CLS), órgano tripartito de la OIT y máximo intérprete de las normas internacionales relacionadas con la libertad sindical, ha reconocido que la “mayor representatividad” es una herramienta que ayuda a fomentar la negociación colectiva, expresándose en los siguientes términos: “[l]a Recomendación sobre la negociación colectiva, 1981 (núm. 163) enumera diversas **medidas encaminadas a promover la negociación colectiva, incluido el reconocimiento de las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores**”<sup>14</sup> (el énfasis es añadido).

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT también se ha pronunciado sobre el tema y, complementando la afirmación anterior, ha señalado lo siguiente:

*“97. Si bien la unidad sindical impuesta directa o indirectamente por vía legislativa se halla en contradicción con el Convenio, la multiplicidad excesiva de las organizaciones sindicales puede, empero, debilitar el movimiento sindical y, en última instancia, menoscabar los intereses de los trabajadores. Ciertas legislaciones, preocupadas por encontrar un justo equilibrio entre la imposición de la unidad sindical y la fragmentación de las organizaciones, consagran la noción de sindicatos más representativos y suelen conceder estos derechos y ventajas de carácter diverso [...]”<sup>15</sup>*

Tal como se dijo anteriormente, si bien la mayor representatividad es una medida que busca fomentar la negociación colectiva y hacerla verdaderamente efectiva, para que cumpla con ello es necesario que se respeten ciertas condiciones. Al respecto, el CLS se ha pronunciado sobre la “organización más representativa”, buscando que los ordenamientos que regulan

---

<sup>14</sup> OIT. *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición, 2006, p. 203, párrafo 949.

<sup>15</sup> OIT. *Libertad sindical y negociación colectiva*. Conferencia Internacional del Trabajo 81º reunión 1994. Ginebra: OIT, 1994, p. 46.

este concepto, sigan lineamientos que impidan la vulneración o afectación de los derechos de las organizaciones sindicales en general.

Un primer pronunciamiento que es relevante traer a colación es aquel en el que se precisa que “[l]os criterios en que se inspire la distinción entre organizaciones más o menos representativas tienen que ser de carácter objetivo y fundarse en elementos que no ofrezcan posibilidad de parcialidad o abuso”<sup>16</sup>. La norma peruana cumple con tal criterio, dado que la organización sindical más representativa es aquella que afilia a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito (criterio numérico). Si bien pueden generarse discusiones sobre si es el criterio idóneo, no cabe duda de que es uno objetivo.

Por otro lado, el CLS afirma que *“para poder determinar de la mejor manera posible la representatividad de las organizaciones sindicales es necesario garantizar la imparcialidad y la confidencialidad del procedimiento. Por ende, la verificación de la representatividad de una organización sindical debería estar a cargo de un órgano independiente e imparcial”*<sup>17</sup>. Ni el TUO de la LRCT, ni el Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, Reglamento de la LRCT) regulan ningún tipo de procedimiento de acreditación o certificación de las organizaciones más representativas. Esta es una opción interesante y, de implementarla, se protegerían de manera adecuada los derechos de los trabajadores afiliados y se evitarían los actos de injerencia por parte del empleador, como los despidos realizados con la finalidad de que la organización sindical mayoritaria pierda tal condición o, incluso, el otorgamiento de la calificación de “personal de confianza” a algunos trabajadores del sindicato, con lo cual no podrían mantenerse sindicalizados (cuando los estatutos no lo permitan) y, por ende, se perdería la mayoría.

Por tales razones, sería conveniente que se regule normativamente un mecanismo de acreditación de la condición de “organización sindical más representativa”. Una alternativa de procedimiento a seguir, que involucre a las autoridades de trabajo, podría ser la siguiente:

---

<sup>16</sup> OIT. Óp. cit., p. 78, párrafo 347.

<sup>17</sup> Ídem, p. 79, párrafo 351.

- 1) Que la organización sindical o el empleador solicite a la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, AAT) –propriadamente, a la Dirección de Prevención y Solución de Conflictos u órgano que haga sus veces en el Gobierno Regional<sup>18</sup>- certificar si la organización sindical es mayoritaria o no.
- 2) Que, con esta solicitud, a AAT requiera a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) que realice una inspección mediante la cual se pueda corroborar si la organización sindical tiene la condición de mayoritaria.
- 3) Que la SUNAFIL, teniendo una orden de inspección, lleve a cabo la misma, solicitando en la empresa los documentos pertinentes (planilla, número de trabajadores de dirección o de confianza, padrón de afiliados, etc.) para certificar la condición de mayoritaria. Luego de ello, que emita un informe con sus conclusiones para la AAT.
- 4) Que la AAT dé respuesta a la solicitud de la organización sindical o del empleador sobre la base del informe emitido por la SUNAFIL y, de ser mayoritaria la primera, emita una certificación en la cual se indique esta situación.
- 5) La certificación debería tener vigencia por el periodo negocial.

Si se adoptara normativamente este procedimiento, se evitarían los actos de injerencia antes mencionados, dado que la finalidad de los mismos es evitar negociar con la organización sindical mayoritaria o dejar de aplicar los efectos del convenio colectivo a todo el ámbito. De otorgarse la acreditación, se generaría un desincentivo de estos actos, puesto que no tendrían los resultados esperados (ya que la condición de mayoritaria se mantiene durante todo el periodo negocial), y, en consecuencia, se disminuirían los riesgos para los trabajadores afiliados.

---

<sup>18</sup> El Decreto Supremo N° 017-2012-TR, en su artículo 2° indica las competencias de esta Dirección y, dentro de ellas, está tanto la inscripción en el registro sindical de sindicatos, federaciones y confederaciones; como el inicio y trámite de la negociación colectiva.



Finalmente, resulta relevante observar cómo el CLS deja claro que el conjunto de prerrogativas que se le otorga a la organización sindical más representativa, *“no debería tener por consecuencia el privar a las organizaciones sindicales, que no hayan sido reconocidas como las más representativas, de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros ni del derecho de organizar su gestión y su actividad y de formular su programa de acción, previsto por el Convenio núm. 87”*<sup>19</sup>. Sin embargo, es preciso preguntarse si el Perú cumple con garantizar el derecho de las organizaciones sindicales que no son representativas. Esta inquietud será absuelta en el siguiente acápite del presente artículo.

## **II. Implicancias jurídicas de la mayor representatividad en el ordenamiento jurídico peruano**

La mayor representatividad, como se ha comentado, tiene una finalidad positiva, la cual consiste en procurar que los derechos de los trabajadores no se vean afectados por una división de la fuerza negocial ante la existencia de diversas organizaciones sindicales en un mismo ámbito. Asimismo, se explicaba que al designar a una organización sindical como mayoritaria y otorgarle las prerrogativas que le corresponden como tal, no se debería afectar los derechos de las organizaciones minoritarias para defender sus intereses. A partir de ello, corresponde analizar si este aspecto se cumple en el ordenamiento jurídico peruano.

### **2.1. Monopolio de la negociación colectiva: Pluralidad sindical vs. Representatividad negocial**

El ordenamiento peruano otorga a las organizaciones sindicales más representativas determinados beneficios que las organizaciones minoritarias no reciben. Si bien esta concesión de privilegios es, de cierta manera, natural por su misma condición, es importante determinar si se respetan los intereses de las demás organizaciones del ámbito o si, por el contrario, se genera alguna vulneración a los mismos.

---

<sup>19</sup> OIT. Óp. cit., p. 78, párrafo 346.



### 2.1.1. ¿Qué es la pluralidad sindical y cuál es su finalidad?

Sobre la representación de los trabajadores, se suele hablar de tres sistemas de relaciones sindicales: 1) *unicidad*, que es aquel en que el Estado impone que exista una sola organización sindical por ámbito (el ejemplo más cercano de ello es Brasil); 2) *unidad*, que se relaciona con el derecho de asociación voluntaria de los trabajadores en una sola organización sindical, en un ámbito específico (es el sistema ideal, pues la fuerza sindical resulta la idónea); y 3) *pluralidad sindical*, que implica la posibilidad de que en un mismo ámbito coexistan diversas organizaciones sindicales<sup>20</sup>. Así, se puede concluir, en primer lugar, que la pluralidad sindical es un sistema de relaciones sindicales.

En segundo lugar, la pluralidad sindical es también un presupuesto para la noción de “mayor representatividad”. Tal como indica García Murcia, existen dos presupuestos para este concepto. El primero, un régimen de libertad sindical, que implica que exista un régimen en el que se reconozca el derecho a la libertad sindical de los trabajadores en cada una de sus manifestaciones; y el segundo, el pluralismo organizativo, que implica que el ordenamiento permita la conformación de distintos sindicatos en un mismo ámbito<sup>21</sup> (“*sindicato múltiple*”<sup>22</sup>), los cuales estarán en situación de igualdad, hasta que se designe a una organización como la más representativa, ya que esta recibirá algunos beneficios con los que las demás no contarán (sin que ello implique su desaparición formal o material).

Sobre los presupuestos de la mayor representatividad, también se pronuncia la Dirección General del Trabajo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante, DGT del MTPE), y hace la precisión de que habrá pluralidad siempre que se otorgue la posibilidad de constituir diversos sindicatos, “*aunque actúe una sola organización*”<sup>23</sup>. Es

---

<sup>20</sup> VILLAVICENCIO, Alfredo. Óp. cit., p. 107. Véase también ESPINOZA, Javier. Óp. cit., pp. 9 y 12.

<sup>21</sup> GARCÍA MURCIA, Joaquín. Óp. cit., pp. 64-65.

<sup>22</sup> PASCO, Mario. “Representación y participación en la empresa”. En ERMIDA, Oscar y Antonio OJEDA. *El Derecho Sindical en América Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995, pp. 299.

<sup>23</sup> MTPE. *Informe N° 011-2013-MTPE/2/14. Solicita opinión legal respecto a negociación colectiva con los trabajadores del Ministerio Público*. Lima, 2013.

decir, basta que se dé la opción de conformar diversas organizaciones sindicales para que haya pluralidad sindical, con independencia de que efectivamente se constituyan.

Por otro lado, se puede afirmar, coincidiendo con Ermida y Villavicencio, que la pluralidad sindical “*es parte del concepto de libertad sindical*”<sup>24</sup>. Ello, dado que tiene como finalidad que los trabajadores se organicen en las organizaciones sindicales –mayoritarias o minoritarias<sup>25</sup>- que consideren convenientes, las cuales desplegarán sus actividades en un mismo nivel negocial. De esta manera, en palabras de Ágreda y Marquina, “*los trabajadores son libres de formar tantos sindicatos como les sea posible*”<sup>26</sup>; y, en el mismo sentido, Mario Pasco señala que el pluralismo concede una posición privilegiada a la libertad de opción del trabajador, pudiendo, así, convivir varias entidades en un mismo ámbito<sup>27</sup>.

A partir de estas consideraciones, se puede asentar que la “*pluralidad sindical*” es un concepto complejo, cuyo objetivo es tutelar la libertad sindical positiva<sup>28</sup> de los trabajadores, pues se permite que estos conformen organizaciones sindicales de acuerdo con sus intereses. Ello implica, necesariamente, que estas organizaciones puedan realizar actividad sindical; es decir, no basta con que se permita su constitución, sino también que puedan comportarse acorde con su naturaleza gremial.

---

<sup>24</sup> ERMIDA, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO. Óp. cit., p. 59.

<sup>25</sup> NEVES, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 91.

<sup>26</sup> ÁGREDA, Jorge y Karen MARQUINA. “Comentarios respecto de la casación expedida por la Corte Suprema sobre la extensión de los efectos de un convenio colectivo suscrito con un sindicato minoritario”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 123, 2011, p. 19.

<sup>27</sup> PASCO, Mario. Óp. cit., p. 299.

<sup>28</sup> ERMIDA, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO. Óp. cit., pp. 33-34. Véase también: BAYLOS, Antonio. *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Cuarta edición. Albacete: Editorial Bomarzo, 2009, p. 20; y CARBALLO, César. *Libertad Sindical: la perspectiva de los derechos fundamentales*. Caracas, 2011. Este autor hace mención al elemento *organizativo o estático* de la libertad sindical, el cual coincide con la libertad sindical positiva, pues se refiere al “derecho de los trabajadores y empleadores a asociarse o agruparse bajo la modalidad que estimen conveniente a sus intereses y sin que su ejercicio pudiere condicionarse a la obtención de previa autorización”.

### 2.1.2. Modelo de las relaciones colectivas y las prerrogativas de la organización sindical mayoritaria en la negociación colectiva en el ordenamiento jurídico peruano

El ordenamiento jurídico peruano tiene como sistema de relaciones colectivas a la pluralidad sindical. Esta afirmación encuentra sustento en el artículo 2° del Convenio N° 87 de la OIT, instrumento ratificado por el Perú, que indica que “[l]os trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

En ese sentido, dado que la representación sindical en el Perú se genera en un sistema de pluralidad y, siendo esta un presupuesto para la determinación de la mayor representatividad, el artículo 9° del TUO de la LRCT establece un criterio para calificar a una organización sindical como la más representativa: aquella que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito. Ahora bien, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿qué prerrogativas o beneficios tiene una organización sindical cuando se le califica como mayoritaria en un ámbito determinado?

Como se indicó en la primera parte del presente trabajo, el artículo 9° del TUO de la LRCT y el artículo 34° del Reglamento de la LRCT regulan que la organización sindical que afilie a la mayoría absoluta del número total de trabajadores del ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados. Ello, aunado con lo dispuesto por el artículo 42° del TUO de la LRCT, permite concluir que lo negociado por la organización sindical mayoritaria aplicará para todos los trabajadores del ámbito (convenio colectivo con efectos *erga omnes*).

A partir de estas afirmaciones, es importante realizar otro cuestionamiento: ¿qué implicancias tiene otorgar estas prerrogativas al sindicato mayoritario? En primer lugar, tal como explican Ermida y Villavicencio, “la consecuencia de tal calificación [la de más representativa] será la de otorgar el **monopolio de la negociación colectiva** a los

*sindicatos que la hayan obtenido en cualquiera de los sectores (y mientras la ostenten)”<sup>29</sup>. Es decir, la regulación del deber de representar a todos los trabajadores del ámbito no solo implica que tenga esta responsabilidad, sino también que será la única organización con la que el empleador estará obligado a negociar.*

En segundo lugar y, como consecuencia de lo anterior, se genera una limitación, casi total, (salvo porque mantienen su existencia) a la capacidad de negociación –en específico- y de actuación sindical –en general- de las organizaciones sindicales minoritarias, ya que se permite no tomarlas en cuenta para llevar a cabo una negociación colectiva, a pesar de tener “*el derecho genérico de celebrar convenios colectivos (de eficacia personal limitada)*”<sup>30</sup>. Al respecto, Canessa señala que conceder el monopolio de la negociación colectiva a la organización mayoritaria supone un impedimento para que “*un sindicato minoritario pueda entablar una negociación con su empleador o empleadores [...]. [...] se otorga un derecho preferencial al sindicato más representativo*”<sup>31</sup>. En otras palabras, se privilegia a la organización mayoritaria del ámbito, a costa de dejar sin facultades a las minoritarias. De esta manera, cuando hay en un mismo ámbito una organización sindical mayoritaria, las demás no pueden presentar pliegos de reclamos o, de hacerlo, podrían ser rechazados por el empleador. Incluso, se pueden presentar casos en los que una organización sindical minoritaria haya empezado una negociación, pero, durante la misma, se cree una (o una de las existentes se convierta en) más representativa, y se dé preferencia a esta última, dejando sin efecto lo negociado, hasta ese momento, con la minoritaria.

Como ya ha sido comentado, es razonable que las organizaciones sindicales mayoritarias reciban ciertos beneficios por ser las más representativas. Sin embargo, no se debería permitir que los derechos y/o facultades de las organizaciones minoritarias se vean afectados sobremanera, dado que se estaría atentando contra la libertad sindical de los trabajadores que las conforman. El CLS se ha pronunciado al respecto, indicando que:

---

<sup>29</sup> ERMIDA, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO. Óp. cit., p. 61.

<sup>30</sup> VILLAVICENCIO, Alfredo. Óp. cit., p. 141.

<sup>31</sup> CANESSA, Miguel. “Colombia: la negociación colectiva sectorial o por rama de actividad”. En *Relats*, p. 11. Consulta: 20 de octubre de 2016.

<http://www.relats.org/documentos/DERECHOCanessa.pdf>

*“974. Cuando la legislación de un país establece una distinción entre el sindicato más representativo y los demás sindicatos, este sistema **no debería impedir el funcionamiento de los sindicatos minoritarios y menos aún privarlos del derecho de presentar demandas en nombre de sus miembros y de representarlos en caso de conflictos individuales.**”<sup>32</sup>*

(El énfasis es añadido)

A diferencia de la recomendación que formula el CLS, es evidente que en el ordenamiento peruano se produce una clara confrontación entre pluralidad sindical y representatividad sindical. Ello se ve reflejado en la siguiente situación hipotética. En la empresa “X”, hasta el año 2014, solo había un sindicato minoritario (sindicato “A”), que negociaba con la empresa, cada año, muy buenos beneficios para sus afiliados. A inicios del año 2015, se creó el sindicato “B”, que era mayoritario en el ámbito y, por ende, tenía el monopolio de la negociación. Luego de tres meses de trato directo con la empresa, el sindicato “B” logró la firma de un convenio colectivo; sin embargo, los beneficios que se negociaron eran menores a los negociados anteriormente por el sindicato minoritario y menos convenientes de acuerdo con sus intereses como sindicato. ¿Qué puede hacer el sindicato “A” en esta situación? La respuesta, en principio, es “nada”. Solo tendría la opción de aceptar lo obtenido por el sindicato “B”, mientras este sea mayoritario.

Este tipo de situaciones llevan a cuestionar la normativa que regula el tema<sup>33</sup>, pues cuál es la finalidad de establecer un régimen de pluralidad sindical, si no se va a tutelar adecuadamente los derechos de las organizaciones minoritarias. Para qué permitir la conformación de distintas organizaciones sindicales en un mismo ámbito, si se van a anular casi completamente las facultades de las no mayoritarias. Es un problema que aún no se ha logrado resolver de manera efectiva.

---

<sup>32</sup> OIT. *La libertad sindical: recopilación (...)*, p. 207, párrafo 974.

<sup>33</sup> Cabe mencionar que desde la dación del Decreto Ley N° 25593 (norma predecesora del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, TUO de la LRCT), el tratamiento a la mayor representatividad es el mismo.



### 2.1.3. Articulación entre organización sindical mayoritaria y minoritaria: una mirada desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Con relación al problema descrito, existen diversos pronunciamientos del CLS que dejan en claro que la determinación de una organización más representativa no puede afectar a las que no lo son. Asimismo, incitan a que se tutelen los derechos de las organizaciones minoritarias cuando coexisten con una mayoritaria. Uno de esos pronunciamientos es el que se cita a continuación:

*“975. Acordar derechos exclusivos a la organización más representativa no debería significar la prohibición de la existencia de otros sindicatos a los que ciertos trabajadores interesados desearían afiliarse; además, **las organizaciones minoritarias deberían estar autorizadas a ejercer sus actividades y a tener al menos derecho a ser los portavoces de sus miembros y a representarlos.**”<sup>34</sup>*

(El énfasis es añadido)

En este fragmento se exhorta a los Estados a que garanticen tanto el derecho a realizar actividad sindical de las organizaciones sindicales minoritarias, como a ser portavoces de sus miembros; es decir, se debe promover que estas tengan un papel dinámico y que sean verdaderos representantes de sus afiliados para defender sus intereses. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional peruano ha formulado en su jurisprudencia una propuesta para contrarrestar la afectación que sufren las organizaciones sindicales minoritarias en las relaciones colectivas en el Perú y poder conciliar “*pluralidad sindical*” con “*representatividad*”. Esta propuesta consiste en “*articular*” los intereses de la organización mayoritaria con los intereses de las minoritarias.

Mediante sentencia recaída en el Expediente N° 02505-2011-AA/TC –que resuelve el recurso de amparo presentado por el Sindicato Integral de Trabajadores Municipales de Lambayeque (SINITRAMUN), el cual, siendo minoritario, pretendía negociar con la Municipalidad Provincial de Lambayeque cuando existía un sindicato mayoritario en el

---

<sup>34</sup> OIT. Óp. cit., p. 208, párrafo 975.



ámbito-, el Tribunal Constitucional reconoce que el ordenamiento no le da la facultad de negociar a la organización sindical minoritaria cuando haya una mayoritaria en el mismo ámbito. No obstante, explica que se debe brindar la posibilidad de que las organizaciones sindicales minoritarias puedan presentar sus propuestas, intereses, reclamos, ante la organización sindical mayoritaria, para que estos puedan ser, por lo menos, escuchados y articulados. Incluso, podría darse la opción a representantes de la organización minoritaria para participar activamente en la negociación colectiva que se esté llevando o se vaya a llevar a cabo<sup>35</sup>. Todo ello debe realizarse siempre de mutuo acuerdo, para no afectar los derechos de la organización mayoritaria en la negociación colectiva.

En los mismos términos se expresa el TC en la sentencia recaída en el Expediente N° 3655-2011-PA/TC –que resuelve el recurso de amparo presentado por el Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A., el cual, siendo minoritario, solicitó ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el inicio de una negociación colectiva cuando se estaba negociando con un sindicato mayoritario-, con la diferencia de que en esta se agrega que “[e]l sindicato mayoritario, por su parte, tiene el deber de recibir todas las propuestas de las minorías sindicales y concertar de la mejor forma posible todos los intereses involucrados por las partes involucradas”<sup>36</sup>.

En síntesis, lo que ordena el TC es que las organizaciones sindicales minoritarias no sean excluidas de forma absoluta de la negociación colectiva, sino, por el contrario, que tengan una participación activa en la misma. Las organizaciones sindicales mayoritarias deben cumplir con tomar en consideración los intereses de las minoritarias, ya sea mediante reuniones en las que escuchen las propuestas y los reclamos que desean se incorporen al pliego de reclamos, y/o a través de la presentación por escrito de estos, y/o mediante la participación de parte de los integrantes de las organizaciones sindicales minoritarias en la negociación colectiva que se sostenga con el empleador. Las organizaciones más representativas tienen, entonces, la obligación de tomar en cuenta los intereses de las

---

<sup>35</sup> Fundamento jurídico N° 10.

<sup>36</sup> Fundamento jurídico N° 18.

minoritarias y formular propuestas para la negociación de la manera más conveniente para todos los trabajadores del ámbito.

La aplicación general de la fórmula propuesta por el TC tendría como resultado la generación de un beneficio para las organizaciones sindicales minoritarias, puesto que no dejarían de realizar actividad sindical y cumplirían con la finalidad de representación de sus miembros. En consecuencia, ello implicaría la tutela del derecho a la libertad sindical de los trabajadores afiliados a estas organizaciones y, por ende, el cumplimiento de las normas que buscan el mismo fin, como el artículo 28° de la Constitución y el artículo 4° del Convenio N° 98 de la OIT<sup>37</sup>. Sin embargo, al no encontrarse este planteamiento dispuesto en una norma, su aplicación obligatoria se dará solo cuando así se ordene en un caso concreto, como sucedió con las sentencias expuestas.

## **2.2. Efectos anti sindicales de la mayor representatividad**

Además de las limitaciones que soportan las organizaciones sindicales minoritarias respecto de la negociación colectiva –por la falta de tutela de sus derechos con la normativa que regula el tema-, la mayor representatividad produce otros efectos adversos a la libertad sindical. Tanto las organizaciones sindicales mayoritarias como las minoritarias se ven perjudicadas de cierta manera y, en consecuencia, los derechos de sus afiliados son vulnerados, tal como será explicado a continuación.

### **2.2.1. El efecto *erga omnes* de lo negociado: consecuencias en la organización sindical mayoritaria**

Como se indicó en la primera parte del presente trabajo, la interpretación conjunta de los artículos 9° y 42° del TUO de la LRCT, permite llegar a la conclusión de que el convenio

---

<sup>37</sup> **Artículo 4.-** Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

colectivo celebrado por una organización sindical mayoritaria será de aplicación para todos los trabajadores del ámbito. La finalidad de establecer en un ámbito una organización más representativa, que represente a todos los trabajadores del ámbito y cuya negociación sea de efecto general, es poder asegurar una fuerza negocial efectiva que no se diluya en un contexto de coexistencia de organizaciones sindicales y diversas negociaciones colectivas. Busca, a fin de cuentas, asegurar los intereses de los trabajadores en su conjunto.

Sin embargo, los efectos de la mayor representatividad, por más que, en principio, puedan parecer positivos tanto para la misma organización como para los demás trabajadores del ámbito, ya se ha explicado que no cumplen su finalidad a cabalidad y, además, pueden traer consigo efectos perjudiciales para la organización mayoritaria. En primer lugar, el efecto *erga omnes* podría provocar la desafiliación de algunos de sus miembros, pues habiéndose logrado ya un convenio, si se desafilian, igual recibirían los beneficios convencionales. Podría suceder que los trabajadores hagan un análisis costo-beneficio y lleguen a la conclusión de que les conviene desafiliarse, puesto que no tendrían que pagar cuota sindical ni invertir tiempo en las actividades propias del gremio, e igual serían beneficiados.

De manera similar y, en segundo lugar, esta situación desincentivaría la afiliación de nuevos miembros a la organización sindical mayoritaria, puesto que no sería necesario formar parte de ella para poder recibir los beneficios de lo negociado. Así, al tener la mayoría absoluta de afiliados, se vería imposibilitada para poder incrementar la cantidad de afiliados y, por ende, tampoco podría incrementar su fuerza negocial. Al respecto, Villavicencio comenta que se han producido casos en los que los sindicatos mayoritarios han solicitado que se regulen determinados beneficios del convenio colectivo solo para sus afiliados, pues la extensión de todos ellos impide que más trabajadores tengan interés de formar parte de su gremio. Ello afecta sus intereses, ya que no pueden aumentar su masa sindical, su fuerza negocial, ni la presión que ejercen sobre el empleador<sup>38</sup>.

Luego de describir los efectos que pueden sufrir las organizaciones sindicales mayoritarias, es válido concluir que la extensión *erga omnes* del convenio colectivo celebrado por

---

<sup>38</sup> Para efectos del presente trabajo, la autora entrevistó a Alfredo Villavicencio el día 18 de octubre de 2016.

aquellas, desincentiva la afiliación. Incluso, es calificada, en algunas oportunidades, como una medida antisindical<sup>39</sup>. Ante esta situación, a pesar de tener una finalidad válida, es necesario buscar alternativas que impidan que el efecto *erga omnes* produzca las consecuencias negativas comentadas.

#### 2.2.2. Organizaciones sindicales minoritarias como principales víctimas de la mayor representatividad

Además de los problemas que enfrentan al no poder tener iniciativa para la negociación colectiva -ya que no pueden proponer una negociación cuando hay una organización sindical mayoritaria en el ámbito-, las organizaciones sindicales minoritarias sufren otras consecuencias negativas. La primera, se da en el supuesto en el que ya han empezado una negociación y, durante la misma, aparece un nuevo sindicato que es mayoritario o uno de los existentes adquiere esta condición. Ante esta circunstancia, si se busca una interpretación ceñida a la norma, lo correcto sería suspender la negociación colectiva que estaban llevando a cabo, pues, ante la existencia de una organización sindical mayoritaria, es esta la legitimada para negociar colectivamente. Evidentemente, esta lectura de la normativa vulnera, aún más, los derechos de las organizaciones minoritarias y de sus afiliados.

Para poder realizar una interpretación más adecuada y protectora, es necesario tomar en cuenta lo indicado por la DGT del MTPE en la Resolución Directoral N° 07-2016-MTPE/1/20. En ella se determina que debe *“verificarse el número total de trabajadores con vínculo laboral vigente a la fecha de inicio de la negociación colectiva, a efectos de determinar la existencia de una organización sindical mayoritaria respecto de la representación de trabajadores para una negociación colectiva en específico [...]”*<sup>40</sup>. En ese sentido, se debe tomar en cuenta, para cada negociación colectiva, la situación sindical al inicio de la misma. Es decir, si una organización sindical minoritaria presenta un pliego

---

<sup>39</sup> Ídem.

<sup>40</sup> MTPE. *Resolución Directoral N° 07-2016-MTPE/1/20* (Clínica Ricardo Palma vs. Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A.). Lima, p. 5, 2016.

de reclamos cuando en el mismo ámbito no existe una organización sindical mayoritaria, la negociación es válida. Asimismo, si durante esta negociación se crea una organización sindical mayoritaria o una de las existentes adquiere esta calidad, la negociación iniciada continuaría sin ningún tipo de cuestionamiento, dado que, cuando se presentó el pliego, la organización minoritaria tenía capacidad y legitimidad para negociar.

A pesar de que esta interpretación tutela de mejor manera los derechos de las organizaciones sindicales minoritarias, la tendencia ha sido considerar que no pueden negociar, bajo ningún supuesto, cuando existe una organización sindical mayoritaria en el mismo ámbito. Ello restaría eficacia al convenio colectivo celebrado por esta<sup>41</sup>.

Es importante señalar que un aspecto que no se toma en cuenta con la interpretación de la DGT del MTPE son los efectos en la representación. No se indica a quiénes representará la organización sindical mayoritaria cuando se permita que la minoritaria continúe negociando a pesar de la existencia de aquella. Cabe preguntarse, entonces, lo siguiente: ¿deberá representar solo a sus propios afiliados o a sus afiliados y a aquellos que no son miembros de ninguna organización sindical? La respuesta que va acorde con las normas y con la finalidad de la mayor representatividad es que represente a sus afiliados y a aquellos que no forman parte de ninguna organización sindical, dado que tiene la condición de mayoritaria y, por ley, tiene el deber de representar a todos los trabajadores del ámbito. Si bien se estaría haciendo una excepción para que la organización sindical minoritaria negocie<sup>42</sup>, no puede generarse una afectación total al criterio de mayor representatividad, cuya finalidad es fomentar la fuerza negocial.

Otra consecuencia negativa que podrían afrontar las organizaciones sindicales minoritarias, es que el efecto *erga omnes* del convenio celebrado por la más representativa fomente la desafiliación y cree también, tal como indica Toyama, “un incentivo a la “no

---

<sup>41</sup> Sentencia recaída en el Exp. N° 04211-2013-PA/TC

<sup>42</sup> Esta negociación debería ser por el periodo de un año, como máximo, dado que se trata de una situación excepcional.

*afiliación*”<sup>43</sup>, pudiendo llegar a producirse, como consecuencia de este problema, la desaparición de estas organizaciones sindicales<sup>44</sup>. Al igual que sucedía con la organización sindical mayoritaria, que se extienda lo negociado a todos los trabajadores del ámbito podría producir que estos pierdan el interés de formar o seguir formando parte de una organización sindical minoritaria. Pagar cuotas sindicales, asistir a las reuniones, realizar cualquier tipo de actividad sindical, perdería sentido si pueden gozar de todos los beneficios convencionales por el solo mandato de la ley. Además, un factor adicional de desincentivo es que las organizaciones sindicales minoritarias no pueden negociar colectivamente. Lo que se busca mediante la afiliación a una organización sindical es poder defender intereses propios y colectivos a través de un gremio que actúe ante el empleador respecto del cual los trabajadores se sientan identificados, con el objetivo final de lograr mejores condiciones de trabajo. Si esta organización no tiene la posibilidad de realizar la función por excelencia de las organizaciones sindicales –la negociación colectiva–, es probable que no llame la atención de muchos trabajadores para formar parte de ella.

Estos efectos permiten arribar a la conclusión de que la pluralidad sindical que rige el sistema peruano de relaciones colectivas, se desvirtúa como consecuencia de la mayor representatividad. Las organizaciones sindicales minoritarias, ante la presencia de una mayoritaria, se quedan “sin armas” para luchar por sus intereses y, en consecuencia, los trabajadores no tienen motivación para afiliarse a ellas. En adición, la aplicación general de lo negociado por la mayoritaria también impide que los trabajadores no afiliados tengan interés en formar parte del gremio minoritario e, incluso, los afiliados pierden interés en seguirlo siendo. Nuevamente, se trataría de efectos antisindicales.

---

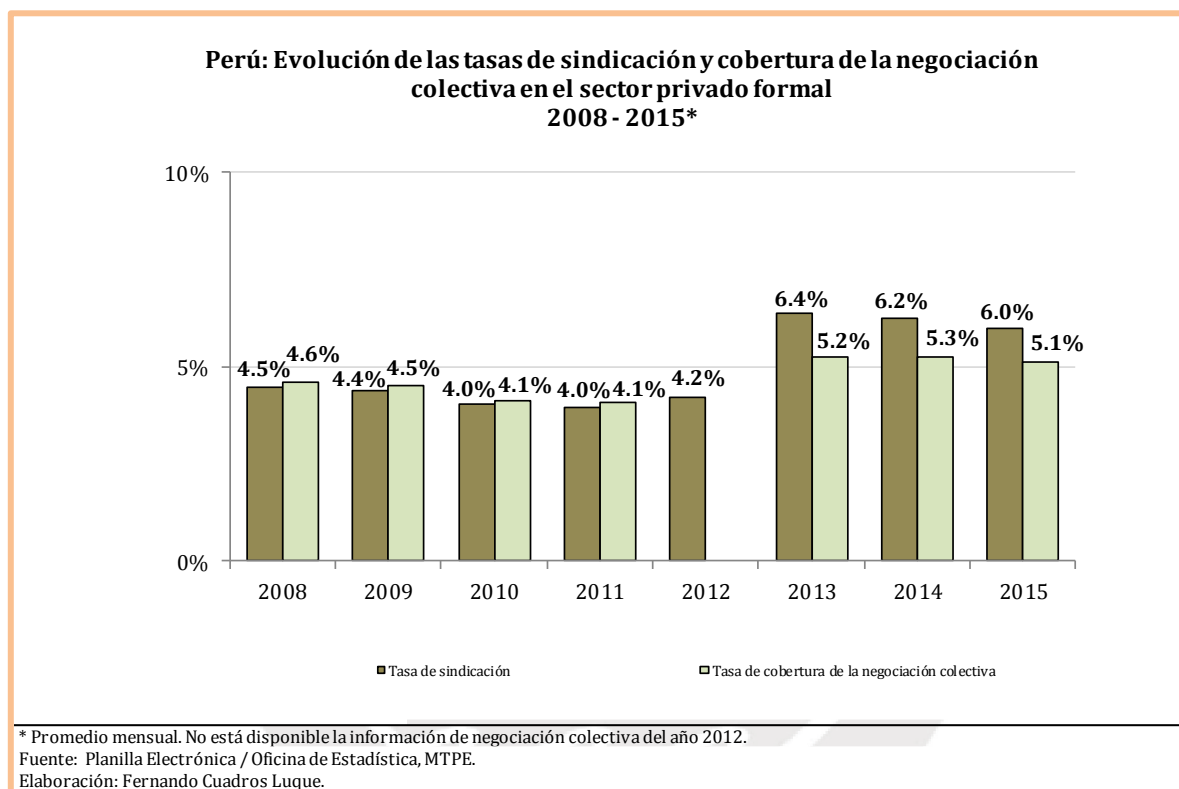
<sup>43</sup> Véase REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ. “Entrevista a Jorge Toyama Miyagusuku: La Corte Suprema ha incurrido en una discriminación porque ha tratado de manera igual a desiguales”. En *Revista Jurídica del Perú*, número 123, 2011, p. 14. Véase también PAREDES, Paul. “Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: un caso de discriminación laboral por acción indirecta”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 37, 2011, p. 199.

<sup>44</sup> ÁGREDA, Jorge y Karen MARQUINA. Óp. cit., p. 24.



### 2.2.3. Estadísticas sobre afiliación sindical a nivel nacional del periodo 2013-2015

Para poder notar de manera gráfica los efectos de la extensión *erga omnes* del convenio negociado por la organización sindical mayoritaria es necesario analizar las estadísticas. En el siguiente gráfico, se presentan las tasas de sindicalización desde el año 2008 hasta el 2015:



A pesar que hubo un alza en la tasa de sindicalización a partir del año 2013 (lo cual podría ser efecto del ingreso del arbitraje potestativo causal, en setiembre del 2011, y del incausado, a partir de febrero del 2014), las tasas anuales se han mantenido en un nivel muy bajo. En el año 2013, del promedio total anual de 3' 036,082 trabajadores del sector privado formal, solo un promedio de **193,130 (6.4%)** se encontraba sindicalizado<sup>45</sup>. En el año 2014, del promedio total anual de 3' 136,928 trabajadores, solo un promedio de **195,729 (6.2%)**

<sup>45</sup> MTPE. *Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2013*. Lima, p. 135.

estaba afiliado a una organización sindical<sup>46</sup>. Por último, en el año 2015, del promedio total anual de 3' 257,201 trabajadores, solo un promedio de **194,391 (6.0%)** era miembro de alguna organización sindical<sup>47</sup>. Como puede observarse, la cantidad de trabajadores afiliados a una organización sindical no representa ni la décima parte del total de los trabajadores del sector privado formal.

Sobre esta situación, se puede decir que, si bien no es el único<sup>48</sup>, la mayor representatividad podría ser un factor que haya impedido que las tasas de sindicalización aumenten a lo largo de los años. No hay un verdadero incentivo para que los trabajadores se afilien e incluso se ha producido una caída en la afiliación (un pequeño porcentaje de trabajadores se ha desafiliado entre el año 2014 y el 2015). Si lo que se busca mediante la mayor representatividad es que se tengan *“sindicatos fuertes que sean capaces de equilibrar efectivamente las relaciones de poder con los empleadores”*<sup>49</sup>, se necesita el fomento de la participación de los trabajadores en los mismos, situación que no sucede en el Perú.

Para poder aumentar la tasa de sindicalización es imperativo que se tomen medidas que corrijan los diversos factores que desincentivan la misma, dentro de los cuales, como se ha mencionado, se encontraría la mayor representatividad. Por ejemplo, se deberían generar acciones para fomentar la contratación indeterminada y que se utilicen los contratos sujetos a modalidad solo en los casos que lo amerite; se tendrían que modificar las normas para que la libertad sindical esté totalmente protegida en los supuestos de subcontratación; se deberían generar políticas efectivas para luchar contra la informalidad laboral; y, sobre la mayor representatividad, se tendrían que generar acciones que permitan que tanto las

---

<sup>46</sup> MTPE. *Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2014*. Lima, p. 131.

<sup>47</sup> MTPE. *Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2015*. Lima, p. 125.

<sup>48</sup> Pues la sindicalización está limitada por la misma normativa. Por ejemplo, el TUO de la LRCT, en su artículo 14°, solicita como mínimo 20 trabajadores para formar un sindicato de empresa, cuando la realidad muestra que la mayor parte del mercado laboral peruano está conformado por micro y pequeñas empresas que cuentan con una cantidad de trabajadores menor a la requerida. Ver: [http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/publicacion/ENAH0\\_PRELIMINAR\\_2008.pdf](http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/estadisticas/peel/publicacion/ENAH0_PRELIMINAR_2008.pdf)

<sup>49</sup> CARRASCO, Hugo. *Óp.cit.*, p. 8.

organizaciones mayoritarias como las minoritarias tengan una verdadera participación en la negociación colectiva, sin ir en contra de los deberes legales de representación de las primeras. Es casi seguro que, de tomarse estas medidas, se puedan apreciar resultados positivos sobre la sindicalización de los trabajadores.

### **III. Una regulación acorde con el objetivo de la mayor representatividad**

#### **3.1. ¿Cómo debería funcionar la mayor representatividad en el ordenamiento jurídico peruano?**

Tal como se ha podido observar en los capítulos anteriores, la mayor representatividad no está regulada de la manera más adecuada en el ordenamiento jurídico peruano. Se observa una contradicción entre dicha regulación y los objetivos de la pluralidad sindical. De igual manera, no se logra la finalidad de aquella figura, puesto que se desincentiva la afiliación de los trabajadores a las organizaciones sindicales mayoritarias, con lo cual no se constituyen sindicatos que sean cada vez más sólidos, en su ámbito de acción, para la negociación colectiva. Ante esta situación, surge la necesidad de plantear alternativas para lograr una tutela efectiva de los derechos de las organizaciones sindicales minoritarias y de las mayoritarias; es decir, mecanismos que permitan, a cabalidad, conseguir los objetivos tanto de la pluralidad sindical como de la mayor representatividad, lo cual se buscará realizar en la presente sección.

##### **3.1.1. Representación consensuada de las organizaciones sindicales minoritarias en las organizaciones sindicales mayoritarias**

En primer lugar, se debe tener presente que la existencia de una organización sindical mayoritaria impide que las organizaciones sindicales minoritarias del mismo ámbito puedan realizar todas las acciones sindicales a las que tienen derecho por su misma condición. En ese sentido, al tener la primera el monopolio de la negociación, las segundas se ven impedidas de negociar colectivamente con el empleador (salvo pocas excepciones en las que el empleador negocia con las organizaciones sindicales minoritarias, pese a existir una

mayoritaria). Ello implica, como se ha mencionado, limitar la funcionalidad de las organizaciones minoritarias a su mera existencia, con lo cual se atenta contra su libertad sindical y la de los trabajadores que las conforman.

Ante este problema, resulta imperativo que se consideren las recomendaciones del Tribunal Constitucional sobre la articulación que debe existir entre la organización sindical más representativa y las minoritarias, las cuales fueron abordadas en el capítulo anterior. Es necesario que se implementen medidas que permitan que las organizaciones sindicales minoritarias, de mutuo acuerdo con la organización más representativa, puedan hacer llegar a esta última sus propuestas, intereses, reclamos, solicitudes; es decir, se deben crear espacios para que la organización mayoritaria represente los intereses y busque salvaguardar los derechos, efectivamente, de todos los trabajadores del ámbito. En esa línea, se pronuncia el Tribunal Constitucional, indicando que

*“(…) bajo ninguna circunstancia, puede significar tampoco la exclusión de la participación de un sindicato minoritario en el procedimiento de negociación colectiva, esto es, que se pretenda limitar en forma absoluta su representación o ejercicio de los derechos inherentes a la libertad sindical, **pues el sistema de mayor representación lo que busca es precisamente, valga la redundancia, representar a los trabajadores, lo cual obviamente incluye también, y con mayor razón, a las minorías sindicales.**”<sup>50</sup>*

(El énfasis es añadido)

Tal como señala el Tribunal Constitucional, la organización sindical mayoritaria tiene el deber de recibir las propuestas de las organizaciones sindicales minoritarias<sup>51</sup>, y se deben promover mecanismos idóneos para que ello suceda. Son distintas las formas que pueden permitir articular los intereses de las organizaciones sindicales de un mismo ámbito. Una primera opción es regular la posibilidad de que representantes de la organización sindical

---

<sup>50</sup> Sentencia recaída en el Exp. N° 3655-2011-PA/TC, fundamento jurídico N° 16. Referencia similar se encuentra en la sentencia recaída en el Exp. N° 02505-2011-AA/TC, fundamento jurídico N° 9.

<sup>51</sup> Sentencia recaída en el Exp. N° 3655-2011-PA/TC, fundamento jurídico N° 18.

mayoritaria y de las minoritarias puedan sostener reuniones en las que las propuestas de estas últimas sean escuchadas, con la finalidad de que sean consideradas para incluirlas en el pliego de reclamos que se presentará al empleador.

Una segunda opción es otorgar a las organizaciones sindicales minoritarias la opción de presentar por escrito las propuestas que quisieran que sean incorporadas en el pliego de reclamos que presentará la organización sindical mayoritaria al empleador. Asimismo, en el caso en que las organizaciones sindicales minoritarias no hayan presentado de ninguna manera sus intereses para que formen parte de los temas negociados, se debería regular la opción de que la organización sindical mayoritaria les solicite que hagan llegar por escrito los puntos que tengan interés en incluir en el pliego de reclamos. Es decir, por un lado, se debe otorgar la oportunidad de que la organización sindical minoritaria presente, *motu proprio*, por escrito sus propuestas; y, por otro, se debe promover que sea la organización mayoritaria la que fomente la participación de los demás gremios en el procedimiento de negociación colectiva (cuando estos aún no lo hayan hecho).

Una tercera opción es que se permita que representantes de las organizaciones minoritarias participen activamente en la negociación colectiva. Esta medida se concretaría con la presencia de al menos uno de los representantes de las organizaciones minoritarias en las reuniones de negociación que se sostengan con el empleador, con el objetivo de que velen por sus intereses en el desarrollo de la negociación colectiva. Cabe precisar que estos representantes, si bien formarían parte de la comisión negociadora, no pueden tomar las decisiones definitivas sobre el convenio colectivo a adoptarse, dado que quien tiene la facultad exclusiva para negociar directamente con el empleador, por mandato de la ley, es la organización sindical mayoritaria<sup>52</sup>. De lo contrario, la búsqueda de participación y efectiva acción sindical de las organizaciones minoritarias ocasionaría que se desfiguren tanto las funciones de la organización más representativa como los objetivos de la mayor representatividad.

---

<sup>52</sup> VILLAVICENCIO, Alfredo. Óp. cit., p. 141.

Es relevante tener en cuenta que la decisión sobre cuál de las alternativas señaladas previamente resulta más adecuada para tutelar los intereses de ambas organizaciones debe tomarse de mutuo acuerdo. Si bien es cierto que en algunos casos las organizaciones sindicales evitan el diálogo entre ellas por problemas de compatibilidad de intereses, es importante que se generen espacios en los que, si así lo decidieran, se puedan conciliar los mismos y lograr un beneficio para todos.

De ser adoptadas en el ordenamiento jurídico estas alternativas de solución al problema de la participación de los sindicatos minoritarios, se estaría garantizando de forma más completa y efectiva el derecho a la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva, ambos recogidos en normas nacionales<sup>53</sup> e internacionales<sup>54</sup>, dada su importancia para el desarrollo en sociedad de la persona. De esta manera, en consecuencia, se obtendrían resultados más justos, equitativos y garantistas en el marco de una negociación colectiva.

### 3.1.2. Vía judicial: acción de amparo y medida cautelar para asegurar la negociación de las organizaciones sindicales minoritarias

Además de las alternativas para articular los intereses de las organizaciones sindicales que coexisten en un mismo ámbito, es necesario fomentar el uso de medidas que permitan garantizar el derecho a la libertad sindical (específicamente, el derecho a la negociación colectiva), cuando sea vulnerado en los casos de mayor representatividad. Una opción muy recurrida y una de las más eficaces en los casos de violación de derechos fundamentales es la acción de amparo.

---

<sup>53</sup> El artículo 28° de la Constitución Política señala que el Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, y que cautela su ejercicio democrático. Asimismo, en el inciso 1 indica que “garantiza la libertad sindical” y en el inciso 2 que “fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales”.

<sup>54</sup> La libertad sindical se encuentra regulada en el Convenio N° 87 OIT (artículo 2°), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 23.4), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22.1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.1.a)), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 16.1). La negociación colectiva está regulada expresamente en el Convenio N° 98 OIT (artículo 4°) y de manera indirecta en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 8.1.c)).



El proceso de amparo, de acuerdo con Alfaro, se puede definir de la siguiente manera:

*“Es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger todos los derechos constitucionales de la persona –con excepción de los que protegen el Hábeas Corpus, el Hábeas Data y el de Cumplimiento- ante violaciones o amenazas de violación provenientes de una autoridad o de un particular [...] Si el juez comprueba, efectivamente, violaciones a derechos, ordena que los actos violatorios se suspendan inmediatamente.”*<sup>55</sup>

La finalidad del proceso de amparo es *“lograr la reposición o restitución de las cosas al estado anterior en que se produjo la amenaza o vulneración del derecho”*<sup>56</sup>. Cualquier persona puede acudir a este proceso para proteger sus derechos fundamentales, y será declarado procedente siempre que no existan *“vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”*<sup>57</sup>. Sobre este último aspecto, se debe tomar en cuenta la reciente sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02383-2013-PA/TC (caso Elgo Ríos)<sup>58</sup>, que indica que la vía ordinaria será igualmente satisfactoria que el proceso de amparo, si se demuestra lo siguiente: 1) que la estructura del proceso ordinario es idónea para la tutela del derecho, 2) que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada, 3) que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad, y 4) que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias<sup>59</sup>.

Para efectos del presente trabajo, la posibilidad de que las organizaciones sindicales minoritarias acudan a la acción de amparo se centrará en dos supuestos en particular:

---

<sup>55</sup> ALFARO, Roberto. *Guía rápida del Proceso Constitucional de Amparo*. Lima: Grijley, 2009, p. 45.

<sup>56</sup> CAMPOS, Sara, Álvaro GARCÍA y Gustavo QUISPE. *El Amparo Laboral y la Vía Ordinaria (Soluciones Laborales)*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 47.

<sup>57</sup> Artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional.

<sup>58</sup> Sentencia que sustituye al precedente establecido en la sentencia recaída en el Exp. N.° 0206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores), en el que se establecían los casos en los que se declararía improcedente la acción de amparo, por ser competencia del juez de trabajo.

<sup>59</sup> Fundamento jurídico N° 15.

- 1) Cuando las organizaciones sindicales mayoritarias rechazan su participación en la negociación colectiva.
- 2) Cuando una organización sindical minoritaria ha venido negociando durante años (pese a la existencia de un mayoritario del mismo ámbito) y, por primera vez, se le quiere excluir de la negociación colectiva.

Ambos supuestos son pasibles de ser tutelados mediante el proceso de amparo, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 37° del Código Procesal Constitucional, que afirma que el amparo procede en defensa del derecho de sindicación, negociación colectiva y huelga. Se estaría, en los casos propuestos, ante el segundo derecho mencionado.

Sobre el primer supuesto, tal como el Tribunal Constitucional ha señalado, es imperativo que se tutelen los derechos de las organizaciones sindicales minoritarias, en el contexto de una negociación colectiva, mediante la articulación de intereses. Sin embargo, en muchos casos, la organización sindical mayoritaria podría negarse a dicha articulación, hecho que produciría una grave afectación a la libertad sindical de aquellas, en específico, a la negociación colectiva.

Al respecto, es importante resaltar la relevancia que tiene la negociación colectiva para el desarrollo del derecho de libertad sindical mediante distintos pronunciamientos sobre el tema. En primer lugar, el CLS ha afirmado lo siguiente: “[e]l derecho de negociar libremente con los empleadores las condiciones de trabajo **constituye un elemento esencial de la libertad sindical**, y los sindicatos deberían tener el derecho, mediante negociaciones colectivas o por otros medios lícitos, de tratar de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de aquellos a quienes representan [...]”<sup>60</sup> (el énfasis es añadido).

---

<sup>60</sup> OIT. Óp. cit., p. 189, párrafo 881.

En segundo lugar, y en la misma línea, el Tribunal Constitucional Español ha indicado que “la negociación colectiva constituye sin duda el **medio primordial de acción**”<sup>61</sup> de las organizaciones sindicales (el énfasis es añadido). En tercer lugar, el Tribunal Constitucional Peruano, ha establecido que

*“[...] el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que a este núcleo mínimo e indisponible deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, la protección y la defensa de los derechos e intereses, así como el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros. Por consiguiente, cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato, resultará vulneratorio del derecho de libertad sindical.”*<sup>62</sup>

(El énfasis es añadido)

En síntesis, a partir de estos pronunciamientos, se puede afirmar que la negociación colectiva es parte del contenido esencial de la libertad sindical y, también, parte del núcleo duro e indisponible de la misma. Asimismo, es el elemento primordial de acción de las organizaciones sindicales, que les permite obtener resultados que estén acorde con la finalidad para la cual han sido creadas; es decir, permite lograr mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus afiliados.

Tomando en consideración esta última afirmación, se puede decir que las organizaciones sindicales minoritarias que se vean impedidas de participar en la negociación colectiva mediante la articulación de intereses, pueden acudir a la vía constitucional, mediante la acción de amparo, para buscar proteger sus derechos. Ello, dado que el contenido esencial, el núcleo duro de los derechos es objeto de tutela por vía constitucional, tal como lo sostiene el Tribunal Constitucional en diversas sentencias (aunque no relacionadas

---

<sup>61</sup> Sentencia 73/1984, de 27 de junio.

<sup>62</sup> Sentencia recaída en el Exp. N° 02476-2010-PA/TC, fundamento jurídico N° 7.

propriadamente con el derecho laboral): “[e]s esto último lo que sucede precisamente con la posesión que, no obstante configurarse como uno de los elementos que integra la propiedad, **no pertenece al núcleo duro o contenido esencial de la misma, careciendo por tanto de protección en sede constitucional [...]**”<sup>63</sup> (el énfasis es añadido).

Por otro lado, si se hace una revisión de los elementos para definir si una vía es igualmente satisfactoria (y, por ende, para determinar si la acción es procedente o no), se puede aseverar que, si se analiza el cuarto elemento (“que no exista necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias”), una demanda de amparo en el primer supuesto sería declarada procedente. Es evidente que el impedimento para la articulación de intereses en la negociación colectiva conlleva una afectación grave al derecho de negociación colectiva de la organización sindical minoritaria, vaciando de contenido al derecho a la libertad sindical. Por lo tanto, en el caso planteado, se necesita una tutela urgente, pues el derecho es sumamente relevante, tal como se ha podido comprobar con los pronunciamientos antes citados. En ese sentido, se debería procurar que se ordene el cese de la conducta vulneradora (impedimento de articular intereses).

Sobre el segundo supuesto, considerando nuevamente lo pronunciamientos del CLS y de los Tribunales Constitucionales español y peruano sobre la libertad sindical, se puede afirmar que una demanda de amparo sobre el particular también sería declarada fundada, puesto que se está vulnerando el contenido esencial del derecho a la libertad sindical al decidir de manera intempestiva la exclusión de una organización sindical minoritaria de la negociación colectiva con el empleador. En este caso, se debería procurar que se ordene que cese la anulación total del derecho a negociar, pues no permitir la negociar a una organización minoritaria cuando antes sí podía, ni permitir, cuando menos, articular sus propuestas, es una violación constitucional de un derecho de gran relevancia como el de libertad sindical.

---

<sup>63</sup> Sentencia recaída en el Exp. 03050-2011-PA/TC, fundamento jurídico N° 5.

En adición, respecto de este último caso, resulta imprescindible que la organización sindical minoritaria solicite, en el marco del proceso de amparo, una medida cautelar que le permita seguir negociando o, al menos, que ordene al mayoritario a articular intereses, en tanto se resuelva sobre el fondo. Para que la medida sea concedida, será necesario que se acredite apariencia del derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado o razonable para garantizar la eficacia de la pretensión<sup>64</sup>; es decir, que *“la medida cautelar no produzca un perjuicio y daño mayor, que el daño producido por la supuesta violación del derecho materia de la demanda constitucional”*<sup>65</sup>.

Lo que se pretende con la medida cautelar es que se asegure *“la eficacia de la sentencia (debido al tiempo de duración de un proceso)”*<sup>66</sup>. Así, en el segundo supuesto planteado, definitivamente, la organización sindical minoritaria, al verse impedida de seguir negociando como venía haciéndolo años atrás, vería vulnerado su derecho a la libertad sindical (negociación colectiva) mientras se resuelve el petitorio. En este caso, se cumplen los tres requisitos para que la medida cautelar sea concedida: la organización ha llevado a cabo negociaciones colectivas en años anteriores (aparición de derecho); la exclusión de la negociación vulnera sobremanera el derecho a la libertad sindical, pues reduce a la organización sindical minoritaria a un gremio sin posibilidad de ejercer ningún tipo de representación respecto de sus afiliados (peligro en la demora); y la medida cautelar no genera un daño mayor al producido con la violación del derecho, ya que, por el contrario, tutela los intereses de la parte afectada al permitirles seguir negociando –como lo realizaban hasta el momento de la vulneración–, o, al menos, articular sus intereses con la organización sindical mayoritaria.

---

<sup>64</sup> Artículo 15° del Código Procesal Constitucional.

<sup>65</sup> ALFARO, Roberto. Óp. cit., p. 158.

<sup>66</sup> Ídem, p. 151.

### **3.2. En búsqueda de una solución adecuada: propuesta de regulación legislativa y reglamentaria**

Tal como se ha mencionado en los acápites anteriores, ante la inadecuada regulación del ordenamiento jurídico peruano, se hace necesario tomar medidas que permitan proteger de manera adecuada los derechos de las organizaciones sindicales y, por ende, de los trabajadores que forman parte de ellas. Sin embargo, lamentablemente, los solos pronunciamientos del Tribunal Constitucional o las propuestas doctrinarias no son suficientes para ello. Resulta indispensable realizar cambios legislativos a las normas que regulan la mayor representatividad, con la finalidad de dar cabida a la acción de las organizaciones sindicales minoritarias, lo cual se buscará realizar en este acápite.

Los dispositivos normativos que regulan la mayor representatividad son los artículos 9° del TUO de la LRCT y el artículo 34° del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, Reglamento de la LRCT). Estos, como se podrá apreciar a continuación, no contienen ninguna disposición respecto de los mecanismos que permiten articular los intereses de la organización sindical más representativa con los de las minorías, razón por la cual se propondrán modificaciones que las integren.

#### **TUO de la LRCT:**

*Artículo 9.- En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados. De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados.*



Propuesta:

*Artículo 9.- En materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados. Sin perjuicio de ello, los sindicatos minoritarios podrán, de mutuo acuerdo con el sindicato mayoritario, participar en la negociación colectiva, buscando articular sus intereses con los de este último. De existir varios sindicatos dentro de un mismo ámbito, podrán ejercer conjuntamente la representación de la totalidad de los trabajadores los sindicatos que afilien en conjunto a más de la mitad de ellos. En tal caso, los sindicatos determinarán la forma en que ejercerán esa representación, sea a prorrata, proporcional al número de afiliados, o encomendada a uno de los sindicatos. De no haber acuerdo, cada sindicato representa únicamente a sus afiliados.*

Reglamento de la LRCT:

*Artículo 34.- En concordancia con lo dispuesto en los Artículos 9 y 47 de la Ley, en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente. [...]*

Propuesta:

*Artículo 34.- En concordancia con lo dispuesto en los Artículos 9 y 47 de la Ley, en materia de negociación colectiva, la representación de todos los trabajadores del respectivo ámbito, a excepción del personal de dirección y de confianza, será ejercida por el sindicato cuyos miembros constituyan mayoría absoluta respecto del número total de trabajadores del ámbito correspondiente. **La participación del***

*sindicato minoritario, a la que hace referencia el artículo 9 de la Ley, podrá hacerse efectiva mediante los siguientes mecanismos:*

- a) Reuniones entre representantes del sindicato mayoritario y del minoritario en las que se escuchen las propuestas de este último, para que sean incorporadas en el pliego petitorio;*
- b) Presentación de escritos con sus propuestas, con la finalidad de que sean incorporadas en el pliego petitorio;*
- c) Participación de al menos uno de los representantes de las organizaciones minoritarias en las reuniones de negociación, como parte de la comisión negociadora. Si bien pueden tener voz para defender sus intereses gremiales, no pueden adoptar decisiones en la negociación.*

*La elección del mecanismo adecuado para articular los intereses del sindicato mayoritario con los del minoritario será realizada de mutuo acuerdo. De no haber ninguna iniciativa de participación por parte del sindicato minoritario, el sindicato mayoritario solicitará que presente por escrito sus propuestas.*

De llevarse a cabo estas modificaciones se permitiría tutelar los derechos tanto de las organizaciones sindicales mayoritarias como de las minoritarias. No se desincentivaría la afiliación a ninguno de las organizaciones sindicales del ámbito, pues todas realizarían actividad sindical de manera efectiva. De igual forma, se tendría una regulación acorde con los fines de la pluralidad sindical y de la mayor representatividad, ya que mantiene la posibilidad de que coexistan varias organizaciones sindicales en un mismo nivel y, a su vez, que la más representativa logre el objetivo de la mayor representatividad: que exista una organización sindical fortalecida que represente los intereses de todos los trabajadores del ámbito.

## Conclusiones

- 1) La organización más representativa es aquella que, dentro de un grupo de organizaciones coexistentes en un mismo ámbito, es determinada como la que posee facultades para la representación de las demás en determinados supuestos; por ejemplo, para realizar una negociación colectiva con carácter general o para ejercer representación ante organismos estatales.
- 2) La organización sindical más representativa en el Perú es aquella que afilia a la mayoría absoluta de trabajadores del ámbito. Tiene el deber de representar a todos los trabajadores del mismo y se le otorga el monopolio de la negociación.
- 3) La mayor representatividad tiene como finalidad que no se divida sobremanera la fuerza de la actividad sindical, es decir, fomentar la fuerza negocial.
- 4) Resulta necesario que se regule un procedimiento de acreditación de la mayor representatividad, que sea realizado por un tercero independiente.
- 5) La mayor representatividad no puede generar afectaciones a la actividad de las organizaciones sindicales minoritarias, las cuales deben poder realizar actividad sindical y representar a sus afiliados.
- 6) Siguiendo los criterios del CLS y del TC, se deben articular los intereses de la organización sindical mayoritaria y minoritaria, con el objeto de satisfacer los intereses de todos los trabajadores del ámbito.
- 7) La mayor representatividad tiene efectos negativos en la organización sindical mayoritaria, pues incentiva la desafiliación y, al mismo tiempo, desincentiva la afiliación al sindicato.
- 8) De igual manera, genera un impacto negativo en las organizaciones sindicales minoritarias, pues también desincentiva la afiliación a estas. Además, se produce una afectación cuando han iniciado una negociación y aparece en el ámbito una

organización sindical mayoritaria, ya que se les impide seguir negociando. Para ello, es importante tomar en cuenta la Resolución Directoral N° 07-2016-MTPE/1/20, que indica que se debe tomar en cuenta la situación existente al momento del inicio de la negociación.

- 9) Para poder aumentar la tasa de sindicalización es imperativo que se tomen medidas que corrijan los diversos factores que desincentivan la misma, dentro de los cuales, como se ha mencionado, se encontraría la mayor representatividad.
- 10) La regulación actual debería modificarse y contemplar la articulación de los intereses de la organización sindical mayoritaria y de la minoritaria. Para ello la primera debería sostener reuniones con la segunda para escuchar sus propuestas, las mismas que podrían ser presentadas por escrito, y/o podría designar a uno o varios miembros de la organización minoritaria para que participe de la negociación, con la salvedad de que no podrá tomar decisiones, dado que ello es función de la mayoritaria por disposición legal.
- 11) Dada la relevancia del derecho a la negociación colectiva y al ser parte del núcleo duro de la libertad sindical, cuando las organizaciones sindicales mayoritarias rechazan la participación en la negociación colectiva de una organización sindical minoritaria; o cuando esta ha venido negociando durante años ( pese a la existencia de un mayoritario del mismo ámbito) y, por primera vez, se le quiere excluir de la negociación colectiva, debe poder recurrir a la acción de amparo, la cual debe ser calificada como procedente.
- 12) Respecto de este último caso, resulta imprescindible que la organización sindical minoritaria solicite, en el marco del proceso de amparo, una medida cautelar que le permita seguir negociando o, al menos, que ordene al mayoritario a articular intereses, en tanto se resuelva sobre el fondo.

## Bibliografía

ÁGREDA, Jorge y Karen MARQUINA

2011 “Comentarios respecto de la casación expedida por la Corte Suprema sobre la extensión de los efectos de un convenio colectivo suscrito con un sindicato minoritario”. *Revista Jurídica del Perú*. Lima, número 123.

ALFARO, Roberto

2009 *Guía rápida del Proceso Constitucional de Amparo*. Lima: Grijley.

BAYLOS, Antonio

2009 *Sindicalismo y Derecho Sindical*. Cuarta edición. Albacete: Editorial Bomarzo.

CAMPOS, Sara, Álvaro GARCÍA y Gustavo QUISPE

2010 *El Amparo Laboral y la Vía Ordinaria (Soluciones Laborales)*. Lima: Gaceta Jurídica.

ERMIDA, Oscar y Alfredo VILLAVICENCIO

1991 *Sindicatos en libertad sindical*. Lima: ADEC-ATC.

CANESSA, Miguel.

2015 “Colombia: la negociación colectiva sectorial o por rama de actividad”. En *Relats*, pp. 1-50. Consulta: 20 de octubre de 2016.  
<http://www.relat.org/documentos/DERECHOCanessa.pdf>

CARBALLO, César

2011 *Libertad Sindical: la perspectiva de los derechos fundamentales*. Caracas.

CARRASCO, Hugo

“El deber estatal de garantía y fomento de la negociación colectiva: la representatividad como medida de fomento”. Lima: MTPE.

[http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin\\_48/doc\\_boletin\\_48\\_1.pdf](http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_48/doc_boletin_48_1.pdf)

GARCÍA MURCIA, Joaquín

1987        *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas: posición jurídica y dimensión política*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

ESPINOZA, Javier

2011        “La eficacia limitada del convenio colectivo derivada de la menor representatividad: a propósito de la Casación N° 2864-2009-Lima”. *Ius*. Chiclayo, número 1, pp. 1-17.

MTPE

2014        *Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2013*. Lima: MTPE.

MTPE

2015        *Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2014*. Lima: MTPE.

MTPE

2016        *Anuario estadístico sectorial del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo 2015*. Lima: MTPE.

MTPE

2013        *Informe N° 011-2013-MTPE/2/14. Solicita opinión legal respecto a negociación colectiva con los trabajadores del Ministerio Público*. Lima.

MTPE

2016        *Resolución Directoral N° 07-2016-MTPE/1/20* (Clínica Ricardo Palma vs. Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A.). Lima.



NEVES, Javier.

2005 “Los sujetos de la negociación colectiva”. *Derecho Laboral General: selección de textos*. Lima: PUCP, 2005.

NEVES, Javier

2009 *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

OIT

1994 *Libertad sindical y negociación colectiva*. Conferencia Internacional del Trabajo 81° reunión 1994. Ginebra: OIT.

OIT

2006 *La libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Quinta edición.

PAREDES, Paul

2011 “Cuando la generosidad del empleador viola la libertad sindical: un caso de discriminación laboral por acción indirecta”. *Derecho & Sociedad*. Lima, número 37.

PASCO, Mario.

1995 “Representación y participación en la empresa”. En ERMIDA, Oscar y Antonio OJEDA. *El Derecho Sindical en América Latina*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

REVISTA JURÍDICA DEL PERÚ

2011 “Entrevista a Jorge Toyama Miyagusuku: La Corte Suprema ha incurrido en una discriminación porque ha tratado de manera igual a desiguales”. En *Revista Jurídica del Perú*, número 123.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (coordinador)

1986 *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Madrid: Editorial Tecnos.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín

1986 “La representatividad sindical”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel (coordinador). *Comentarios a la Ley de Libertad Sindical*. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 189-217.

SAGARDOY ABOGADOS

2002 “La representatividad sindical”. *Compendio Sagardoy de Derecho del Trabajo*. Madrid.

<http://vlex.com/vid/representatividad-sindical-129018>

VILLAVICENCIO, Alfredo

2010 *La libertad sindical en el Perú*. Lima: PLADES.

